

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 147

Charlotte Schultz

Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft

Eine systemtheoretische Kritik
der Sicherungsverwahrung

Einleitung

Ausgangspunkt der Arbeit ist die Sicherungsverwahrung. Die Sicherungsverwahrung als Teil der „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ ist seit ihrem Auftauchen in der rechtspolitischen wie rechtswissenschaftlichen Diskussion höchst umstritten.¹ Die Einführung der „Maßregeln der Sicherung und Besserung“ im Nationalsozialismus setzt insbesondere die Sicherungsverwahrung dem Verdacht aus, „ausschließlich nationalsozialistische Willkürmaßregel“ zu sein,² wobei sie als Teil des Maßregelkonzepts ihre Wurzeln in der Strafrechtsreformbewegung hat, die durch *Franz v. Liszt* mit seinem „Marburger Programm“ im Jahr 1882 eingeleitet wurde.³ Nach dem demokratischen und rechtsstaatlichen Neustart durch die Verabschiedung des Grundgesetzes hatte das Bundesverfassungsgericht zur Sicherungsverwahrung schon 1953 in einem Beschluss Stellung genommen. Das Bundesverfassungsgericht äußerte dort weder grundsätzliche Bedenken gegen die Sicherungsverwahrung noch gegen die Angleichung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung mit dem des Zuchthauses.⁴ Spätestens durch die Strafrechtsreformgesetzgebung aus dem Jahr 1969 sind die Maßregeln in den demokratischen Verfassungsstaat überführt worden. Nachdem die Maßregeln der Besserung und Sicherung 30 Jahre lang unverändert blieben, setzte 1998 eine Entwicklung ein, die die Sicherungsverwahrung – trotz der seit den 1980er Jahren kontinuierlich rückläufigen Zahlen – zum Kristallisationspunkt der gesetzgeberischen Aktivitäten zur Verbrechensbekämpfung machte. Seit dem wurden die Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung etliche Male erweitert und das Bundesverfassungsgericht billigte in zwei Grundsatzentscheidungen über die rückwirkende Entfristung der Sicherungsverwahrung und deren

1 Vgl. zum Streitstand vor dem Nationalsozialismus *Kohlrausch*, Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand, ZStW 44 (1924), S. 21 ff.; vgl. zum heutigen Streitstand *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 2 m.w.N.; *Mushoff*, Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung, 2008, S. 3 ff.; s. auch *Alex*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010.

2 *Krebs*, Zur Durchführung der Maßregel Sicherungsverwahrung nach den Bestimmungen des Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes 1973, in: Ehrhardt/Göppinger (Hg.), Straf- und Maßregelvollzug, 1974, S. 122.

3 *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht [1883], 3. Aufl., 1968.

4 BVerfGE 2, 118 ff.

landesrechtlich erweiterten Pendant einer „nachträglichen Straftäterunterbringung“ die Ausweitungen. Lediglich die Kompetenz für eine solche nachträgliche Unterbringung sah es beim Bundes- und nicht beim Landesgesetzgeber.

Erst durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wurde die Harmonie zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht gestört. Am 17. Dezember 2009 erklärte der EGMR die rückwirkende Entfristung der Sicherungsverwahrung für menschenrechtswidrig.⁵ Die nachträgliche Straftäterunterbringung nach Landesrecht bzw. die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Bundesrecht einschließlich der Sonderregelung des § 66b Abs. 3 StGB a.F. teilten vor dem EGMR das gleiche Schicksal.⁶ Nach einer weiteren Gesetzesänderung durch das „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ vom 22. Dezember 2010,⁷ das als gesetzgeberische Antwort auf die EGMR-Entscheidung vom 17. Dezember 2009 gelten kann und tendenziell eher wieder auf Restriktion setzte, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 4. Mai 2011 die Regelungen zur Sicherungsverwahrung in Gänze für verfassungswidrig erklärt und die Rechtsprechung in Folgeentscheidungen gefestigt.⁸ Ohne den Impuls von einem nationalstaatlichen Außen, durch den EGMR, wäre diese Rechtsprechungsänderung nicht möglich gewesen. Der Gesetzgeber hat inzwischen die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts mit dem „Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ umgesetzt.⁹

Der Überblick über die Entwicklungsgeschichte der Sicherungsverwahrung weist nun ein *statisches* und ein *dynamisches* Element aus: Die Sicherungsverwahrung ist und war immer umstritten. Darin schwelt der (mittlerweile) ‚zeitlose‘ strafrechtswissenschaftliche Streit um die Zweispurigkeit des Sanktionensystems, der als Fortsetzung des so genannten ‚Schulenstreits‘¹⁰ die Grundlagen der Rechtfertigung von Strafe (und Strafrecht) berührt und der die Zweispurigkeit als

5 EGMR-Entscheidung v. 17. Dezember 2009, Individualbeschwerde Nr. 19359/04.

6 EGMR-Entscheidung v. 13. Januar 2011, Individualbeschwerde Nr. 6587/04.

7 BGBl. 2010 I, S. 2300 ff.

8 BVerfGE v. 4. Mai 2011, 2 BvR 2365/09 u.a., vgl. zu dieser Entscheidung und den Folgeentscheidungen: 1. Teil, 4. Kapitel, A., B., D. und E.

9 BT-Drs. 17/9874; BGBl. 2012 I, 2425 ff.

10 Vgl. zu den Positionen im Schulenstreit *Naucke*, „Schulenstreit“?, in: Herzog/Neumann (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 559, der den ‚wirklichen‘ strafrechtswissenschaftlichen Streit zwischen reinem und politischem Strafrecht verortet und im Schulenstreit die grundsätzliche Haltung eines reinen Strafrechts gerade auch bei den ‚Klassikern‘ vermisst.

Kompromisslösung ausweist.¹¹ Im Schulenstreit stehen sich idealtypisierend die Positionen des Präventionsstrafrechts und des Schuldstrafrechts gegenüber. Dieser Streit wurde im Kontext des sozialen Interventionsstaates durch den Vormarsch der Rechtsgutslehre im Bereich der Strafrechtstheorie¹² und des Resozialisierungsgedanken im Bereich des Strafvollzugs im Prinzip zugunsten des Präventionsstrafrechts entschieden. Nach *Roxin* ist der Unterschied von Strafe und Maßregel auf eine bei der Strafe geltende *gesetzliche Vermutung* zusammengeschrumpft, dass die ‚Schuldstrafe‘ die in der Tat zu Tage getretene Gefährlichkeit beseitigt hat bzw. beseitigen wird.¹³ Die Sicherungsverwahrung im Speziellen und die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Allgemeinen verdanken sich demnach grundsätzlich dem Siegeszug des Präventionsstrafrechts. Das *zweispurige* Sanktionensystem und der Streit um die Sicherungsverwahrung zeigt jedoch eine Affinität des Strafrechts zum Schuldgedanken, der weiterhin die Rechtfertigungsstrukturen nachhaltig bestimmt. In der Konfrontation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wird deutlich, dass die Zweispurigkeit des Strafrechts mit ihren unterschiedlichen Rechtfertigungsstrukturen für die Rechtsfolgen der Strafe und der Maßregel *auf der Seite der Maßregeln* auch als Instrument willkürlicher Befreiung von der strafrechtlichen Errungenschaft einer hohen Formalisierung fungieren kann. Dieser hohe Formalisierungsgrad findet gerade seine Wurzeln in der Idee eines vergangenheitsorientierten Schuldstrafrechts. Daher wird eine Nichterstreckung des Rückwirkungsverbots als „rein begriffliche, formalistische Argumentation“ kritisiert und gefordert, dass sich das Rückwirkungsverbot auf „alle an eine mit Strafe bedrohte Handlung anknüpfende[n], in ihrer tatsächlichen Wirkung einer Strafe gleichkommende[n] Rechtsfolgen [beziehen muss], die im Rahmen der Strafrechtspflege angeordnet worden sind“.¹⁴ Die Konfrontation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte um die Frage der Menschenrechtswidrigkeit der Sicherungsverwahrung verweist dann auf das dynamische Element des Streits um die Sicherungsverwahrung. Dieses steckt im Prozess der Ausweitung und Restriktion der Sicherungsverwahrung zwischen Gesetzgebung und

11 Vgl. *Naucke*, Strafrecht, 10. Aufl., 2002, S. 106.

12 Zum Unterschied von Straftheorie und Strafrechtstheorie vgl. *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, S. 27 ff.; *Bae*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985, S. 73 f.

13 *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, S. 97.

14 *Ullenbruch*, Verschärfung der Sicherungsverwahrung auch rückwirkend – populär, aber verfassungswidrig, *NSZ* 1998, S. 329 f.; vgl. *Sander*, Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht, 2007, S. 216 f.

Rechtsprechung, in dem der strafrechtswissenschaftliche Streit vor dem Hintergrund der Bedingungen und Grenzen von Menschenrechten in der Gesellschaft neu verhandelt und entschieden wird. Die Bedingungen und Grenzen von Menschenrechten finden sich somit in den Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft, die durch kritisch-systemtheoretische Verarbeitung den zeitlosen Streit um die Rechtfertigungszusammenhänge des Strafrechts verschieben.

Im *ersten* Teil wird zunächst das dynamische Element des Streits um die Sicherungsverwahrung durch die Analyse der Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsdynamik aufgearbeitet. Der strafrechtswissenschaftliche Streit um das Maßregelssystem und die Zweispurigkeit im Allgemeinen sowie die Sicherungsverwahrung im Speziellen wird dadurch in der Wirklichkeit des Rechtssystems verankert und als Realkonflikt rekonstruiert. Indem die Dynamik zugleich in den dogmatischen Einzelheiten der Sicherungsverwahrung verfolgt wird, eröffnet sich eine dogmatisch-konkrete Perspektive auf die Sicherungsverwahrung, mit der zugleich die Forderung an die abstrakte, präventionsstrafrechtliche Rechtfertigung verbunden ist, sich in der konkreten Umsetzung in Gesetzestechnik zu bewähren. An dieser Stelle erfolgt daher auch ein Überblick über die Kritik an den formellen und insbesondere materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung, die bereits in den einzelnen Gesetzgebungsakten anhand der im Verfahren ausgetauschten Argumente thematisiert wird.

Im *zweiten* Teil werden die abstrakten konfligierenden Rechtfertigungsmuster des Schuldstrafrechts und des Präventionsstrafrechts in ihren Grundlinien dargestellt, die in den Strafrechtswissenschaften zumeist als statische Rechtfertigungszusammenhänge gegeneinander in Stellung gebracht werden, um die Frage nach der Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung und anderer Strafrechtsmaterien beantworten zu können.¹⁵ Indem auch sie in die Zeit geworfen und anhand des gesellschaftlichen Wandel von Rechts- und Staatsverständnissen analysiert werden, wird die Kontingenz beider Rechtfertigungsentwürfe sichtbar. Hier werden die Rechtfertigungsbrüche der Konzeptionen herausgearbeitet, die die Suche nach einem Ersatz für die an der Gesellschaft gebrochenen Rechtfertigungszusammenhänge anstoßen und begleiten.

Im *dritten* Teil wird die kritische Systemtheorie als Gesellschaftstheorie zurate gezogen, um das Grenzverhältnis von (Straf-)Recht, Gesellschaft und

15 Vgl. z.B. *Mushoff*, Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung, 2008, S. 99 ff., der das Schuldstrafrecht favorisiert und daher für die Sicherungsverwahrung auf einen polizeirechtlichen Rechtfertigungszusammenhang zurückgreifen will, S. 257 ff.

Mensch auszuleuchten und für das Strafrecht mithilfe des *normativ* gewendeten, systemtheoretischen Begriffs der Gerechtigkeit neu zu bestimmen.

Ziel der Arbeit ist es, den strafrechtswissenschaftlichen Streit über die Sicherungsverwahrung und die Zweispurigkeit durch Hinzunahme einer gesellschaftstheoretischen Dimension entscheidbar zu machen, die die Perspektive für ein anderes Rechtsverständnis öffnet. Dieses neue Rechtsverständnis entsteht aus der Reflexion auf die Rechtfertigungsbrüche des Schuld- und des Präventionsstrafrechts. In seinen Grundzügen kann es als sachbestimmtes Ordnungsmodell bezeichnet werden. Aus der kritisch-systemtheoretische Einfassung dieses neuen Rechtsverständnisses lassen sich normative Aussagen über die Entscheidung von Rechtskonflikten ableiten. Auf dieser Grundlage werden im dritten Teil die Grundzüge eines kritisch-systemtheoretischen Gegenmodells zur Sicherungsverwahrung formuliert, die die Zweispurigkeit des Rechtsfolgensystems in einem neuen Licht erscheinen lassen. Dieses Gegenmodell ist zwangsläufig selbst abhängig von den gesellschaftlichen Bedingungen und muss sich in der Gesellschaft bewähren. Die Fixierung eines Gegenmodells ist demnach dem Umstand geschuldet, dass Kritik ohne Gegenvorschlag nicht zählt.¹⁶ Die Gerechtigkeit findet jedoch letztlich erst in der Kollision der Rechtsprechungsperspektiven von Bundesverfassungsgericht und EGMR ihr Verwirklichungsmoment, der in den Routinen der Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungspraxis immer wieder der Gefahr ausgesetzt ist, in Vergessenheit zu geraten.

16 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 2, 1998, S. 1133: „Der Sinn liegt darin, Kritik zu erleichtern und zu erschweren. Machen Sie es anders, ist die Aufforderung, aber mindestens ebenso gut.“ *Teubner*; Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges/ders. (Hg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 42.